

## SWAPS

### *Obligaciones de las entidades bancarias en materia de swaps encadenados.*

[STS, Sala de lo Civil, núm. 526/2020, de 14 de octubre de 2020, recurso: 1933/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.](#)

**Productos contratados – Incongruencia omisiva Incumplimiento del deber de información – Relación de asesoramiento – Caducidad de la acción – Vicio en el consentimiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui, Fernando Vadillo y Mercedes Rueda).**

**Productos contratados:** “[...] Es objeto del presente proceso la demanda interpuesta, [...], por la entidad Promotora Roque, S.L., contra el Banco de Santander, S.A., en ejercicio de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, y subsidiaria de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación contractual de información, en relación con los contratos siguientes: (i) Swap bonificado reversible [...] (ii) Swap flotante bonificado [...] Swap tipo fijo escalonado [...]. La entidad financiera demandada [...] [a]legó, [...] la caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento [...] y negó el incumplimiento del deber de información [...]. Se sostuvo [...] que el banco cumplió con la normativa de transparencia vigente en cada momento y realizó a la actora el test de conveniencia y de idoneidad, que fueron debidamente firmados [...] [y] la relación que unía a las partes no era de asesoramiento financiero [...]. [E]l [...] Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Dos Hermanas, [...] dictó sentencia estimatoria de la demanda, [...] se rechazó la excepción de caducidad esgrimida [...]. Contra dicha resolución se interpuso por la demanda recurso de apelación, [...] la Audiencia Provincial de Sevilla [...] estimó el referido recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. [...] Contra dicha resolución se interpuso [...] recurso extraordinario por infracción procesal [...] y [...] recurso de casación.”

**Incongruencia omisiva:** “[...] El recurso extraordinario por infracción procesal debe prosperar, [...] se ha cumplido el requisito de haber instado la subsanación de la omisión producida, mediante la oportuna solicitud de complemento de la sentencia de la Audiencia [...]. [E]n el caso presente, la sentencia de la Audiencia ha incurrido en incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado sobre la petición subsidiaria de la demanda relativa a la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del deber precontractual de informar. [...] Desestimada la acción principal, la competencia del Tribunal de apelación se extendía al examen de la acción subsidiaria ejercitada. Al no haberlo hecho así, la Audiencia Provincial incurrió en la incongruencia denunciada por infracción de lo normado en el art. 218.1. LEC. [...] el recurso extraordinario por infracción procesal [...] debe ser estimado [...] lo [...] que obliga a este tribunal de casación a entrar en el examen de la pretensión omitida asumiendo la instancia. Lo que conforma además motivo específico de casación igualmente formulado por la parte demandante.

**El incumplimiento del deber de información:** “[...] Por exigencias de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y específica formulación del recurso de casación, fundamentado en la infracción de [...] los art. 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores [...] procederemos al examen de tal cuestión [...]. Este tribunal admite la viabilidad de una acción de responsabilidad civil [...] en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros a un cliente, [...] siempre que se haya producido un perjuicio patrimonial [...] y concurra [...] la obligada relación de causalidad entre dicho incumplimiento y el daño indemnizable. [...] [S]i bien el primer swap [...] es anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho Español, [...] ya con antelación [...] se recogía, en nuestro ordenamiento [...] la

obligación de las entidades financieras de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a productos financieros comercializados, como resultada de la normativa pre-MiFID, constituida por el art. 79 LMV [...]. El art. 79 LMV también establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores [...] la de “[...] asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados” Por su parte, el Real Decreto 629/1993, [...] desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. [...] [D]ebían actuar [...] con **imparcialidad y buena fe**, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos [...] con **cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes**, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. [...] Posteriormente, la inclusión en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV [...] acentuó tales obligaciones.”

**Relación de asesoramiento:** “[D]el argumento de la parte demandada relativo a la inexistencia de una relación de asesoramiento con la actora [...] hemos dicho en la sentencia 840/2013 [...] “[l]a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento de materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente [...]. Y esta valoración debe realizarse con los criterios [...] del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE [que] define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”. [...] [C]omo [...] hemos manifestado en las sentencias 102/2016 [...] 411/2016 [...] y 424/2020 [...] para que exista asesoramiento [...] [b]asta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición. [...] [B]ajo dicho manto normativo, el Banco [...] no cumplió diligentemente con sus obligaciones legales, ofertando unos productos financieros complejos, de elevado riesgo y sucesivos en el tiempo, sin aportar al respecto ningún elemento que permita demostrar la valoración efectuada sobre la adecuación de dichos productos al perfil inversor de la entidad actora, pese a que debió necesariamente analizarlo, al asesorarla [...]. Tampoco contamos con prueba relativa a haberse suministrado una información suficiente sobre el funcionamiento de los distintos swaps [...] sin que [...] sean bastantes las meras advertencias [...] para que el [...] representante de la actora [...] pudiese comprender el concreto producto aleatorio y de elevado riesgo adquirido. [...] el contrato marco de operaciones financieras se suscribe [...] el mismo día que la contratación del primer swap, sin tiempo material para leer su complejo y técnico contenido. **Swaps que [...] fueron cancelados, por consejo e iniciativa del banco, para proceder a la contratación de otros nuevos [...] y que causaron mayores perjuicios económicos [...] sin cumplida justificación de la razón por mor de la cual, cuando se estaban produciendo liquidaciones positivas [...] se cancela anticipadamente con un cargo negativo, que hace perder todo lo ganado [...] para proceder acto seguido [...] a recomendar la contratación de otros dos swap de distinta clase, cada vez mas perjudiciales para los intereses de la demandante, que además tuvo que asumir el coste de cancelación anticipada [...].** Procede [...] acoger este motivo del recurso interpuesto y, asumiendo la instancia, estimar la demanda con respecto a la acción de daños y perjuicios ejercitada al amparo del art. 1101 del CC, con [...] condena a la demandada a indemnizar a la actora por el perjuicio patrimonial sufrido [...].”

**Caducidad de la acción:** “[...] [E]n los supuestos de encadenamiento de swaps, cuando uno de ellos es renovación del anterior, operando como antecedente necesario de la contratación del segundo, **cabe reputarlos como un único negocio jurídico**, lo cierto es que tal cuestión no ha sido suscitada ante la Sala. En este caso, el recurso se circunscribe [...] al tercer y último swap de tipo fijo escalonado [...] cuya nulidad, por la concurrencia de vicios del consentimiento, se consideró extemporáneamente ejercitada, por transcurso del plazo de los cuatro años del art. 1301 del CC [...]. La cuestión [...] relativa a la determinación del día inicial del computo del plazo de los cuatro años del art. 1301 del CC, en los contratos de swap, ha sido definitivamente zanjada [...] tras la sentencia [...] 89/2018 [...] en la que señalamos: “[...] la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato. “En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento [...]. “En los contratos de swaps [...] no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación

contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. [...] En este caso, desde la cancelación del tercer swap, hasta la presentación de la demanda, no transcurrió el plazo de los cuatro años [...].”

**Vicio en el consentimiento:** “[...] nos encontramos ante un contrato complejo, aleatorio y de riesgo, que exige la obligación activa del banco de suministrar a la demandante una cumplida información sobre el funcionamiento y riesgos del tercero de los contratos de swaps celebrados, sin que podamos considerar los conociera con el argumento de que había contratado los dos anteriores [...]. El [...] banco es el que [...] tomó la iniciativa contractual, en cumplimiento de [...] la Ley 36/2003 [...] que norma [...] que las entidades de crédito informarán a sus deudores [...] sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura [...] que tanga disponibles; pues una cosa es la obligación de informar y otra bien distinta que se hiciera de manera correcta [...]. La entidad actora [...] se trata de una sociedad [...] pequeña empresa [...] cuenta con un solo miembro [...] administrador único [...] firmante de los contratos litigiosos [...] que igualmente desempeña cargos de administración en otras cuatro sociedades [...] mercantiles de escasa y poco relevante actividad en el mercado. No cuenta [...] con una específica formación en el sector financiero o jurídico para poder conocer las características y riesgos de los contratos litigiosos. Como hemos dicho [...] en la sentencia 37/2018 [...] **El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad [...] no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros** complejos y de riesgo [...]. Igualmente hemos señalado, en la sentencia 579/2016 [...] que el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza [...] [d]el swap [...] es [...] la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. [...] Los test de idoneidad y conveniencia practicados [...] al tercer swap, tampoco informan sobre la adecuación del producto financiero al perfil de la entidad actora [...] señalar que se han contratado productos financieros con base en los dos contratos de swaps [...] no aporta dato relevante de clase alguna. [...] el deber de información que compete a la entidad demandada constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad. No corresponde [...] a los clientes bancarios averiguar las cuestiones relevantes en la materia [...] pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos [...] difícilmente pueden tomar constancia de que concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto [...]. Es [...] a la entidad [...] demandada a quien corresponde la carga de la prueba sobre la información dispensada. [...] No basta pues [...] decir que, como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos [...] la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés [...]. Y este **deber de informar** por parte del Banco ha de ser, **de forma clara y sin trivializar** [...] que su riesgo [...] dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso [...]. [C]uando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, [...] el incumplimiento de aquel deber permite apreciar como concurrente el error sufrido con calificación jurídica excusable. [...] [P]rocede confirmar la sentencia del juzgado, en este aspecto. **Énfasis añadido**

[Texto de la sentencia](#)

\*\*\*